

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels

*Publication date:*

2005

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2005, 'L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes', *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, Numéro 2, p. 213-223.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes

Séverine DUSOLIER

I. Les sources du test des trois étapes .....	213
II. Le destinataire du test des trois étapes .....	215
III. L'interprétation du test des trois étapes .....	218
A. La première étape: Certains cas spéciaux .....	218
B. La deuxième étape: L'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre .....	219
C. La troisième étape: L'absence d'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur .....	222
IV. Conclusion .....	222

Le test des trois étapes, qui trouve sa source dans la Convention de Berne, est devenu une pierre fondatrice de l'édifice des exceptions au droit d'auteur et droits voisins. Ce "test" constitue une sorte d'examen de passage pour les exceptions, examen qui comporte trois épreuves: l'exception doit être prévue dans certains cas spéciaux, elle ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et elle ne peut causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits.

La directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information<sup>2</sup> en a également fait un principe de l'acquis communautaire. Toutefois le législateur belge, lors de la transposition récente de ce texte européen en droit belge<sup>3</sup>, a estimé ne pas devoir inscrire ce test de manière explicite dans la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins. Contrairement à d'autres législateurs européens qui ont, quant à eux, repris les trois critères du test dans leur loi sur la propriété littéraire et artistique, comme conditions d'application des exceptions et limitations aux droits exclusifs. Cette attitude du législateur belge n'est pas un oubli mais résulte d'une appréciation équilibrée du fondement et du mécanisme du triple test. Elle ne conduit pas davantage à ce que la règle ne fasse pas partie du cadre normatif belge du droit d'auteur: le test étant inscrit dans de nombreuses conventions internationales, de la convention de Berne

aux Accords ADPIC, il consiste en une obligation internationale qui s'impose au législateur. Cette absence du test dans la lettre de la loi de 1994 sur le droit d'auteur constitue une occasion de revenir sur l'origine et la fonction de ce test des trois étapes et de souligner qu'il se situe en tout cas dans l'esprit de la loi.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur les sources du test des trois étapes, disposition à l'origine inscrite dans la Convention de Berne, et ensuite adoptée par d'autres législateurs internationaux (I.). Nous envisagerons ensuite quels sont la portée et les destinataires de ce test (II.) avant d'en venir à l'interprétation des éléments de cette disposition (III.).

## I. Les sources du test des trois étapes

Le triple test trouve sa source dans la convention de Berne. Lors de la révision de Stockholm de 1967, le droit de reproduction fait son entrée dans le texte international, accompagné de la possibilité pour les Etats de l'assortir d'exceptions. L'article 9.2. de la Convention alors modifiée prévoit en effet qu':

*"Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation*

Maître de Conférences – FUNDP, Jean Monnet Fellow à l'Institut Universitaire Européen de Florence.

Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, L 167, du 22 juin 2001, p. 10.

Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *M.B.*, 27 mai 2005, p. 24997.

*normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*".

La liberté est donc encadrée, sous surveillance<sup>4</sup>. L'admissibilité de l'exception est déterminée par un raisonnement en trois étapes, correspondant aux trois conditions de la disposition. L'appellation du "test des trois étapes" résulte d'ailleurs des minutes du Comité principal de la conférence de Stockholm qui explique le test comme un processus par étapes<sup>5</sup>.

La *ratio legis* du triple test trouve sa source dans la nécessité de limiter les exceptions qui pourraient nuire au droit de reproduction nouvellement créé dans le texte international et dans la volonté initiale des Etats présents à la Conférence Diplomatique, de réglementer la copie à des fins privées, la reprographie étant alors une préoccupation croissante des auteurs. Toutefois il fallait également respecter les exceptions déjà existantes dans les droits nationaux qui répondaient à des intérêts publics et culturels variés<sup>6</sup>.

La proposition initiale du triple test fait état de cette préoccupation en stipulant que *"it shall be a matter for the legislation in the countries of the Union (...) to limit the recognition and the exercising of that right, for specified purposes and on the condition that these purposes should not enter into economic competition with these works"*. Toutes les formes d'exploitation de l'œuvre revêtant une importance économique devaient être réservées à l'auteur, les exceptions ne pouvant que privilégier des utilisations poursuivant un intérêt public ou culturel ou n'ayant qu'une incidence limitée sur l'exploitation de l'œuvre. La formulation définitive du test résulte d'une proposition de la délégation du Royaume-Uni qui a affiné la notion d'absence de concurrence économique pour aboutir aux trois conditions de certains cas spéciaux, de l'absence d'une atteinte à l'exploitation normale, et de l'absence d'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Vingt-cinq ans plus tard, les Accords sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (accords ADPIC), annexés aux accords du GATT de 1994, conclus sous l'égide de l'Organisation Mondiale du Commerce, adoptent le test des trois étapes comme cadre général des exceptions et limitations des droits de l'auteur. L'article 13, qui reprend le triple test, est pratiquement identique à

la formulation apparaissant dans la Convention de Berne. Il dispose que *"les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit"*. La substitution du "titulaire de droits" à l'"auteur" indique la perspective plus économique des accords ADPIC. Par contre, le test est ici étendu à tous les droits relevant du droit d'auteur prévus par les accords, et n'est plus limité au seul droit de reproduction. Il s'agit des droits prévus par la Convention de Berne, en vertu du renvoi des accords à celle-ci, à l'exception du droit moral, ainsi que, s'agissant de programmes d'ordinateur ou d'œuvres cinématographiques, du droit de location. Le test des trois étapes ne paraît pas s'étendre toutefois aux droits voisins pour lesquels, en vertu de l'article 18.6 des ADPIC, des exceptions et limitations peuvent être prévues conformément à la Convention de Rome<sup>7</sup>.

Les Traités OMPI de 1996 généralisent pareillement le test à l'ensemble des droits exclusifs de l'auteur, ainsi qu'aux droits voisins prévus par le Traité sur les interprétations et phonogrammes. La solution s'y dédouble puisqu'il est prévu que les trois limites s'appliquent, dans un premier paragraphe, aux législations nationales transposant les Traités et, dans un second, lors de l'application par les Etats de la Convention de Berne:

- "1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.*
- 2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur."*<sup>8</sup>

Toutefois ce double traitement ne semble pas revêtir d'incidence décisive<sup>9</sup>. La Déclaration Commune accompagnant le Traité de l'OMPI précise que:

P. SIRINELLI, "La directive "Société de l'information": apport réel ou fictif au droit d'auteur?", in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Publication de l'IRPI, n° 20, Paris, Litec, 2001, p. 86.

Voir Summary Minutes, Main Committee I, in *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (1967)*, Genève, OMPI, 1971, Vol. II, § 85.

Pour une explication plus complète de l'historique du test des trois étapes, voir l'excellent ouvrage de M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Information Law Series, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 43 et suiv.

Sur ce point, voir F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 140, note 799.

Article 10 du Traité sur le droit d'auteur. Voir également l'article 16 du Traité sur les interprétations et les phonogrammes.

*“les dispositions de l'article 10 [test des trois étapes] permettent aux Parties Contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne”.*

Cette Déclaration confirme en réalité que le test des trois étapes ne peut avoir pour effet d'imposer aux Etats une réduction des exceptions dans l'environnement numérique. Ainsi, les Etats peuvent en principe concevoir de nouvelles exceptions qui seraient adéquates dans la Société de l'Information<sup>9</sup>. Simultanément, l'article 10 lui-même oblige à une relecture des exceptions existantes à l'aune des trois limites du test en vue de leur transposition à l'environnement digital<sup>11</sup>.

Le législateur européen a également décidé de faire du triple test un principe essentiel du régime des exceptions. La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information impose le respect du test comme condition des exceptions ou limitations au droit d'auteur et aux droits voisins. L'article 5(5), dispose que:

*“les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux titulaires légitimes du droit”.*

Le triple test, d'un instrument international, devient donc un principe de l'acquis communautaire.

Lors de la transposition de la directive dans la loi belge du 30 juin 1994, effectuée par la loi du 22 mai 2005<sup>12</sup>, il a été rappelé que les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins se devaient de respecter le test des trois éta-

pes<sup>13</sup>. L'application du test en droit belge a donc été dûment confirmée même s'il fut considéré que le test ne devait pas apparaître explicitement dans le texte de la loi<sup>14</sup>.

## II. Le destinataire du test des trois étapes

Une des raisons qui a incité le législateur belge à ne pas transposer en toutes lettres le triple test relève de la question de la détermination du destinataire de cette disposition. Quelles sont en effet les personnes et les autorités qui doivent vérifier la conformité d'une exception aux conditions du test? S'agit-il uniquement du pouvoir législatif lorsqu'il introduit une nouvelle hypothèse d'exception dans la loi sur le droit d'auteur? Ou les cours et tribunaux peuvent-ils également apprécier, sur base du triple test, la légitimité d'une exception invoquée comme moyen de défense à une action en contrefaçon?

Dans le premier cas, le recours au test n'interviendrait que lors de l'instauration d'une hypothèse d'utilisation libre ou d'une licence légale dans la loi. Ses critères ne pourront plus ensuite être contestés par le juge, l'exception, si elle satisfait aux conditions que lui impose la loi, étant légitime. Dans le deuxième cas, le triple test constituerait une condition supplémentaire pour que l'exception soit admise, condition soumise à l'appréciation souveraine du juge. La différence s'établit aussi entre une appréciation *in abstracto* des conditions de l'exception et une appréciation *in concreto*. Prenons pour exemple la citation. Les conditions que la loi met à son bénéfice, et notamment son étendue, la mention de la source et du nom de l'auteur, la conformité aux bons usages en la matière, visent à respecter les trois critères du test: le législateur a estimé, *in abstracto*, que les hypothèses de citation ainsi permises ne porteraient pas atteinte au monopole de l'auteur. S'il s'agit d'une citation courte, honnête, proportionnée et citant l'auteur original, on présuppose qu'elle ne préjudicie pas les intérêts du titulaire de droits ni n'entrave l'exploitation normale de l'œuvre. Considérer que le test n'est qu'un outil législatif de transposition de la directive permet de s'arrêter là. En revanche, si l'examen de la conformité au test est également du pouvoir du juge, ce

<sup>9</sup> En ce sens, M. FICSOR, “How much of what? The “three-step-test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, *R.I.D.A.*, avril 3002, p. 158.

<sup>10</sup> A. FRANÇON, “La Conférence Diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins”, *R.I.D.A.*, avril 1997, p. 37-39.

<sup>11</sup> S. RICKETSON, “International conventions and treaties”, in *Les frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 20.

<sup>12</sup> *M.B.*, 27 mai 2005, p. 24997.

<sup>13</sup> Projet de Loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 1137/1, commentaire de l'article 4.

<sup>14</sup> *Ibidem*. Voir également le Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 1137/013, p. 22 et p. 27.



dernier devra non seulement déterminer si la citation est courte, si elle respecte les usages en la matière, est proportionnelle au but poursuivi et mentionne la source et le nom de l'auteur, mais aussi si la citation, telle qu'exercée *in concreto* dans le litige en question, répond à un cas spécial, ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne préjudicie, de manière injustifiée, les intérêts légitimes du titulaire de droits<sup>15</sup>.

Un exemple où la controverse a des conséquences importantes est celui de la copie privée en matière d'échange de fichiers par des systèmes de *peer-to-peer*. La jurisprudence a parfois considéré que l'utilisateur qui télécharge un contenu digital à des seules fins privées bénéficie de l'exception de copie privée<sup>16</sup>, alors que certains auteurs estiment que cette copie privée ne peut se faire qu'à partir d'un exemplaire régulièrement acquis par l'utilisateur<sup>17</sup>. Une telle condition n'est pas pour l'instant exigée par la loi belge, bien que d'aucuns la déduisent de l'application de principes généraux<sup>18</sup>. Si l'on admet que le juge peut examiner la légitimité de l'exception de copie privée qu'une personne ayant téléchargé de la musique invoquerait pour sa défense, sans doute devrait-on considérer que l'accès à des œuvres par des systèmes de *peer-to-peer* porte atteinte à l'exploitation normale des œuvres musicales. Si le juge ne peut faire cet examen, réservé au seul législateur, il devra se contenter de vérifier que les conditions de l'exception de copie privée sont satisfaites.

La doctrine est divisée sur la question du destinataire du triple test. Les exégètes de la Convention de Berne n'en parlent pas précisément, bien que certains semblent pencher pour la thèse d'un outil à seule destination du législateur<sup>19</sup>, tandis que d'autres paraissent admettre un rôle du test dans l'application des exceptions<sup>20</sup>. Il est vrai que le texte de la Convention de 1886 ne s'adresse qu'aux pays membres de l'Union, situation que les Traités de 1996 ne modifient pas, et que les dispositions matérielles de la

Convention de Berne ne s'appliquent directement qu'en présence d'une situation internationale.

Sur la directive européenne de 2001, les commentaires sont plus partagés<sup>21</sup>. Il est vrai que l'article 5(5) de celle-ci précise que les exceptions ne seront *applicables* que si elles satisfont aux trois critères du texte, ce qui semble indiquer, sans ambiguïté, que le juge pourra sur cette base apprécier la légitimité de l'exercice d'une exception, et non pas uniquement son existence légale. Le considérant 44 renchérit d'ailleurs en insistant sur le fait que "*lorsque les exceptions et limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre*". L'exposé des motifs de la proposition de directive du 10 décembre 1997 précisait en outre que le "*test des trois étapes*" servira de ligne directrice principale pour la définition et l'application de limitations.

Une telle interprétation de la directive, en faveur du juge comme destinataire du test des trois étapes, a pour effet regrettable de réduire le champ des exceptions et les rendre dépendantes d'éléments contingents liés au critère d'exploitation normale ou à celui des intérêts légitimes de l'auteur, ce qui n'est pas sans porter atteinte à la sécurité juridique<sup>22</sup>. L'utilisateur ne sait plus avec certitude si l'utilisation qu'il envisage de l'œuvre sera ou non susceptible d'être immunisée par le jeu d'une exception. Il se trouve en conséquence, malgré qu'il puisse être de bonne foi, être un contrefacteur potentiel, tant sur le plan civil que pénal.

Le législateur belge n'a pas accepté cette interprétation du test des trois étapes lors de la transposition de la directive du 22 mai 2001. La loi de transposition n'a pas inséré le test dans le texte de la loi du 30 juin 1994 et n'en fait pas un outil supplémentaire d'appréciation judiciaire de la légalité des exceptions. L'exposé des motifs est très clair à

<sup>15</sup> Notons que certaines exceptions incorporent les conditions du test des trois étapes. C'est le cas, en droit belge, de la reprographie qui ne peut porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre. Le juge devra donc apprécier cette condition dans l'application des exceptions, même si l'on considère que seul le législateur est le destinataire du test.

<sup>16</sup> CA Montpellier (3ème ch. Corr.), 10 mars 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=650>; TGI Meaux, correctionnel, 21 avril 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=705>.

<sup>17</sup> C. CARON et Y. GAUBIAC, "L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P", in *Mélanges Victor Nabhan - Hors série Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, Montréal, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 31.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, 2002, §5.50; A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 900, n° 1111.

<sup>20</sup> J.-P. TRIAILLE, "La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et l'acquis communautaire", A & M, 2002, p. 11; J. Spoor, "General aspects of exceptions and limitations to copyright: General report", in *Les frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 36.

<sup>21</sup> Pour un aperçu des différentes opinions doctrinales en présence, voir S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 440, note 83.

<sup>22</sup> C. CARON, "Les exceptions. L'impact sur le droit français", *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2002, p. 26.

cet égard: il précise que les exceptions existantes satisfont au triple test et que lors de l'introduction de nouvelles exceptions, le législateur veille à ce qu'elles soient conformes aux conditions du test<sup>23</sup>. Il considère en outre que *"le test des trois étapes, tel qu'il est repris dans l'article 5.5. de la directive est donc destiné avant tout au législateur, ce qui n'empêche toutefois pas qu'il puisse servir de ligne directrice pour les cours et tribunaux lors de l'application de la loi"*<sup>24</sup>. On ne peut qu'approuver cette position, plus conforme à la sécurité juridique et au principe de légalité des exceptions. Position qui, en outre, n'interdit pas aux juges de se référer aux critères du test pour interpréter une exception et apprécier l'étendue d'une exception.

C'est peut-être le véritable sens de la directive européenne dont les premières versions disposaient que: *"les exceptions et limitations (...) ne sont applicables qu'à certains cas spécifiques et ne peuvent être interprétées de façon à permettre leur application d'une manière qui cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de leurs œuvres ou autres objets"*. En quelque sorte, il s'agirait d'une position médiane: le juge ne pourrait revenir sur la légalité d'une utilisation d'une œuvre qui répond aux conditions légales, mais pourrait recourir au test afin de déterminer, par voie d'interprétation, si une disposition légale créant une exception s'applique ou non à certaines hypothèses. Par exemple, si une exception autorisant l'archivage de certains documents au profit des bibliothèques vaut également pour un archivage électronique, dans lequel la concurrence avec l'exploitation normale du document peut être plus présente, ou si l'exception de copie privée peut être interprétée de manière telle qu'elle peut s'exercer sur tous supports, lorsque la loi ne fait pas cette distinction de manière explicite. Faire du juge le destinataire du triple test, à tout le moins en tant qu'interprète du texte légal d'une exception aux droits exclusifs, permet ainsi de transformer le test en une sorte de "garde-fou permanent"<sup>25</sup>, principalement eu égard à l'exercice d'exceptions dans l'environnement numérique. Les cours et tribunaux peuvent ainsi apprécier la légitimité d'une exception reconnue par la loi, mais dont l'incidence pourrait changer en raison du média et du contexte technologique dans lequel elle s'exerce. Leur appréciation doit alors être générale et abstraite. Ils ne pourraient pas ajouter aux conditions déjà prévues par la loi pour le bénéfice d'une exception, l'absence, *in concreto*, d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et aux intérêts légitimes des titulaires des droits. Il faut également insister sur le fait

qu'une telle intervention du juge quant à l'interprétation du champ d'application d'une exception ne peut se faire à la seule condition que le texte légal de l'exception ne soit pas clair, et ce en vertu du droit commun.

Deux décisions de tribunaux européens se sont déjà emparées du test pour apprécier la validité d'une exception.

La première est une décision française qui a mis le test des trois étapes au cœur de son raisonnement. Un consommateur se plaignait qu'il ne pouvait effectuer de copie privée d'un film dont il avait acquis le DVD en raison de la présence d'un mécanisme anti-copie. Appuyé par une association de consommateurs, UFC-Que Choisir, il attaque en justice les distributeurs du DVD afin de voir reconnaître qu'en apposant une telle mesure technique sur l'œuvre, ils portent atteinte à son droit à la copie privée. En première instance<sup>26</sup>, le juge lui donne tort, refusant de reconnaître que l'exception de copie privée soit un droit. Un des arguments supplémentaires développés par la décision est la contrariété de l'exception de copie privée avec le test des trois étapes. La vente du film sous format DVD étant en effet un marché d'exploitation important de l'œuvre audiovisuelle, le juge considère que la copie privée numérique de ce film porte forcément atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Cette décision est infirmée en appel<sup>27</sup>, non parce que la copie privée serait un droit mais parce les titulaires de droit d'auteur n'ont pas le pouvoir d'empiéter sur la liberté reconnue par la loi aux utilisateurs. Alors qu'en première instance, le juge n'avait pas précisé sur base il se pensait compétent pour appliquer directement le triple test à l'exercice de l'exception de copie privée, le juge d'appel considère que le test est essentiellement un outil pour le juge. Toutefois, il s'adjudge compétence pour apprécier la validité de l'exception de copie privée au regard des trois conditions, non comme une règle d'application générale, mais uniquement parce le droit français doit être interprété à la lumière de la directive européenne de 2001, ce qui inclut le triple test, à défaut d'une transposition de cette dernière dans le délai imparti. En d'autres termes, la conformité de l'exception au test n'est soumise au juge que parce que le législateur a omis d'effectuer cet examen en ne transposant pas le texte européen dans le délai requis. L'astuce est séduisante mais ne convainc pas entièrement d'autant plus que le juge ne se substitue pas totalement au législateur en effectuant une analyse *in abstracto* de la légitimité de la copie privée numérique en droit d'auteur, mais uniquement à une analyse *in concreto* des conditions dans lesquelles la copie privée a été réalisée ou aurait pu

<sup>23</sup> Projet de loi. Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 51-1137/1, commentaire de l'article 4.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> J.-P. TRAILLE, "La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et l'acquis communautaire", *o.c.*, p. 11.

<sup>26</sup> TGI Paris (3ème ch.), 30 avril 1994, *JCP G*, 2004, II, p. 1583, note C. GEIGER.

<sup>27</sup> CA Paris, 22 avril 2005, disponible sur [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id\\_article=1432](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1432).

être réalisée, en l'absence du mécanisme anti-copie. En effet, la décision considère qu'il "*convient d'examiner si, en l'espèce, l'exception de copie privée actuellement inscrite sans limitation de support dans le droit interne est conforme aux prescriptions de l'article 5.5 de la directive*"<sup>28</sup>.

Une décision néerlandaise s'appuie également sur le test des trois étapes pour apprécier la validité d'une exception<sup>29</sup>. La loi néerlandaise sur le droit d'auteur connaît une exception permettant la réalisation de revues de presse (*knipselkranten*) reprenant des articles ou des nouvelles sur des événements d'actualité pour autant que cette revue de presse soit réalisée dans un quotidien, une revue, un hebdomadaire, un programme de radio ou de télévision ou tout autre média qui remplit la même fonction. Cette formulation est celle qui résulte de la transposition, en droit néerlandais, de la directive du 22 mai 2001. Les services administratifs de l'Etat réalisaient une revue de presse sous format électronique qui était mise à disposition de ses fonctionnaires pendant une certaine durée et qui comprenait un outil de recherche par sujets. La question soumise au tribunal était celle de la compatibilité de cette utilisation avec l'exception légale.

Le raisonnement de la décision s'appuie entièrement sur le test des trois étapes que le juge estime faire partie intégrante du droit positif en vertu de l'article 5.5 de la directive qui "*de algemene toepassingsrandvoorwaarden voor onder meer de in art. 5 lid 3 aanhef en sub c van die richtlijn mogelijk gemaakte persovername-exceptione bevat*". Toutefois, il s'agit surtout d'interpréter l'exception légale à la lumière du triple test. Ainsi, le juge doit déterminer si un support digital est couvert par l'expression "tout autre média" contenue dans le texte de l'exception, et par conséquent si la réalisation d'une revue de presse digitale ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou aux intérêts légitimes de l'auteur. En raisonnant de la sorte, ce n'est pas tant l'exercice *in concreto* de l'exception qui est confronté aux conditions du test mais uniquement l'extension de son bénéfice à un support non visé explicitement par la loi. C'est donc en tant qu'interprète d'un texte légal qui laisse place au doute que le juge devient le destinataire du test et non en tant que contrôleur subsidiaire de la légitimité d'une utilisation normalement immunisée par la loi.

La décision s'appuie en outre sur les documents parlementaires de la transposition de la directive en droit néerlandais qui renvoyaient explicitement au juge le contrôle des exceptions par le test des trois étapes<sup>30</sup>, sans qu'une nuance n'y soit d'ailleurs faite entre interprétation d'un texte non clair et contrôle *in concreto* du bénéfice d'une exception. Dans son appréciation des critères du test, le juge néerlandais mélange également les appréciations abstraites, à savoir la mesure dans laquelle une revue de presse électronique porte de manière générale atteinte à l'exploitation normale des journaux qui en font l'objet, et une approche spécifique du cas d'espèce, en examinant la manière dont la revue de presse telle qu'élaborée par l'administration concurrence cette exploitation. Il nous faut répéter ici que seule une approche *in abstracto* nous semble justifiée si l'on considère que le juge est, à l'instar du législateur, le destinataire du triple test.

### III. L'interprétation du test des trois étapes

Les trois critères du test n'ont pas fait l'objet de nombreux commentaires lors de ses adoptions successives par les divers textes internationaux qui l'ont accueilli. De nombreuses zones d'ombres subsistent donc sur la portée de ces trois conditions ainsi qu'en témoignent des divergences d'interprétation dans la doctrine et la jurisprudence. Préalablement aux deux décisions européennes que nous venons d'examiner, une décision d'un organe de l'Organisation Mondiale du Commerce en charge de garantir l'application, par les Etats, des accords du GATT, auxquels ont été annexés les accords ADPIC, a eu l'occasion de développer longuement une interprétation du test des trois étapes. Le 15 juin 2000, un "Groupe Spécial", ou "Panel"<sup>31</sup>, dans le cadre d'un litige opposant l'Union européenne aux Etats-Unis, a rendu des conclusions explicitant la signification et la portée des trois étapes du test<sup>32</sup>. Les européens contestaient la légitimité d'une exception apparaissant dans le *Copyright Act* américain, exception qui exemptait de tout paiement de droit d'auteur certains établissements commerciaux diffusant de la musique dans leurs locaux<sup>33</sup>. Le Panel, au terme d'une argumentation très précise et détaillée, conclut à la contrariété de l'exception américaine au test des accords ADPIC. Cette décision est importante, non seulement par sa portée

<sup>28</sup> Je souligne.

<sup>29</sup> Rb. 's-Gravenhage, 2 mars 2005, *Computerr.*, 2005, p. 143, note K. KOELMAN.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>31</sup> Sur la procédure de règlement des litiges prévue par les accords ADPIC, voir P. WEISS, "International Public Law Aspects of TRIPS", in H. COHEN JEHOIRAM, P. KEUCHENIUS et L.M. BROWNEE (eds.), *Trade-Related Aspects of Copyright*, Deventer, Kluwer, 1996, p. 19 et suiv.

<sup>32</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis – Article 110 5) de la loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, 15 juin 2000, WT/DS160/R.

<sup>33</sup> 17 U.S.C. § 110(5), tel qu'amendé en 1998 par le *Fairness in Music Licensing Act*.

internationale mais aussi car elle fait souvent figure de précédent dans les commentaires doctrinaux qui la mentionnent<sup>34</sup>. L'arrivée du test dans le droit communautaire et dans les droits nationaux des Etats membres donne pourtant naissance à des interprétations sensiblement différentes, bien qu'encore fort confuses, auxquelles il faut confronter l'approche de l'OMC.

#### A. La première étape: Certains cas spéciaux

Le premier critère contient deux éléments, "certains" et "spéciaux". Le premier signifie que l'exception en question doit être particularisée dans la loi et se distinguer d'autres hypothèses de libre utilisation d'une œuvre. En d'autres termes, on doit pouvoir déterminer, sur base du texte d'une exception ou de la jurisprudence qui l'instaurent, si tel ou tel usage est couvert par l'exception. Une disposition vague qui ne permet pas d'anticiper quel peut être son champ d'application ne serait pas admissible.

Le critère de la spécialité peut être défini de plusieurs manières. D'une part, une approche quantitative peut être adoptée: une exception serait un cas spécial si son champ d'application se limite à quelques utilisateurs ou à quelques occurrences. C'est l'approche qui a été suivie par le Panel de l'OMC qui précise que "*l'exception ou la limitation prévue dans la législation nationale doit avoir un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle*"<sup>35</sup>. Ce qui entraîne *in casu* le rejet de l'exception en cause dans la mesure où il est prouvé que 73% des restaurants et 70% des bars et cafés bénéficient de l'exception.

Une autre approche est favorisée par les commentateurs du triple test qui insistent sur une interprétation normative ou qualitative du critère de spécialité<sup>36</sup>, interprétation qui prend en compte l'éventuel intérêt public sous-tendant l'exception. Il y a dérogation au principe du droit exclusif en raison d'un "*motif clair de politique générale publique ou à toute autre circonstance exceptionnelle*"<sup>37</sup> ou "*d'une justification politique, telle que la liberté d'expression, l'information publique ou l'éducation publique*"<sup>38</sup>. Cette interprétation peut notamment se baser sur les actes de la conférence de Stockholm qui a introduit le triple test dans le texte international, actes qui relèvent l'existence de nombreuses exceptions nationales "*en faveur de divers intérêts publics et culturels*"<sup>39</sup>. Le Panel de l'OMC s'est

pourtant prononcé en défaveur d'une telle approche normative du premier critère du test.

Il faut noter également que les décisions susmentionnées des tribunaux français et néerlandais ne se sont pas prononcées sur ce critère.

#### B. La deuxième étape: L'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

Le critère de "l'atteinte à l'exploitation normale" est sans aucun doute le plus difficile à cerner. Dans un premier temps, il faut déterminer ce qui constitue l'exploitation normale de l'œuvre et, dans un deuxième temps, examiner dans quelle mesure les utilisations couvertes par l'exception sont susceptibles de porter atteinte à cette exploitation.

L'exploitation normale de l'œuvre peut être existante ou seulement potentielle. C'est ce qu'a décidé le Panel de l'OMC qui, en 2000, a considéré que, par "exploitation normale", le triple test vise à la fois la manière dont l'œuvre est, *dans les faits*, exploitée et l'exploitation potentielle, désirable ou envisageable de l'œuvre. Il s'agit donc de mesurer l'exploitation normale en fonction des formes d'exploitation "*qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, [et en fonction des] formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable*"<sup>40</sup>. Le caractère normal de l'exploitation est un standard variable au gré des techniques et des marchés puisque la décision précise que: "*ce qui constitue une exploitation normale sur le marché peut évoluer par suite des progrès technologiques ou des changements dans les préférences des consommateurs*"<sup>41</sup>.

Dans l'affaire française relative à la copie privée de films empêchée par des mécanismes anti-copie, le tribunal et la cour ont tous deux considéré que l'exploitation d'une œuvre cinématographique sous forme de DVDs, ainsi que de cassettes vidéo, constitue l'exploitation normale à laquelle doit être confrontée l'exception. La décision de première instance reprend l'argument soulevé par les producteurs des films selon lequel "*le marché du DVD est économiquement d'une importance capitale et que la vente de DVD de films qui suit immédiatement l'exploitation de ceux-ci en salles, génère des recettes indispensables à l'équilibre budgétaire de la production*"<sup>42</sup>. Ce motif est

<sup>34</sup> Sur ce point, voir M. SENFTLEBEN, *o.c.*, p. 109.

<sup>35</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, *o.c.*, § 6.109.

<sup>36</sup> Voir M. SENFTLEBEN, *op. cit.*, p. 137 et suiv.

<sup>37</sup> S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 482.

<sup>38</sup> M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, *o.c.*, p. 133.

<sup>39</sup> *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, *o.c.*, p. 111.

<sup>40</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, *o.c.*, § 6.180.

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 6.187.

<sup>42</sup> TGI Paris (3ème ch.), 30 avril 1994, *o.c.*



réitéré en appel car l'arrêt précise que cette exploitation est "source de revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production"<sup>43</sup>. Ne sont par contre pas envisagés d'autres modes d'exploitation, existants ou potentiels, auxquels la copie privée pourrait porter atteinte.

A l'inverse, le jugement des Pays-Bas relatif aux revues de presse digitales a inclus dans l'exploitation normale des journaux l'exploitation digitale de ceux-ci à destination d'un marché de professionnels, bien que celui-ci n'en soit encore qu'à un stade de développement précoce. Il est ainsi relevé que "*gebruik van nieuwsberichten in nieuwe exploitatievormen, zoals digitaal aangeleverd maatwerk, is een ontluikend, economisch steeds relevanter wordend, terrein, waarmee een reëel exploitatiebelang van de uitgevers is gemoeid*"<sup>44</sup>. Que les éditeurs de journaux ne fournissent pas encore un véritable service de consultation à la demande de leurs publications et archives n'empêche donc pas que ce type de service puisse être considéré comme une exploitation normale en devenir dont il faut tenir compte dans l'appréciation du deuxième critère du test.

Deux écueils doivent néanmoins être évités dans l'analyse de ce que constitue l'exploitation normale d'une œuvre. En premier lieu, l'exploitation normale n'équivaut pas à tous les actes d'utilisation de l'œuvre couverts par les droits exclusifs. Le Panel de l'OMC définit le concept d' "exploitation" comme "l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres"<sup>45</sup>. Mais cela ne signifie pas que toute acte de reproduction ou de communication d'une œuvre soit le champ d'une exploitation normale de l'œuvre. Une telle interprétation serait également impraticable car elle conduirait à ce qu'aucune exception ne soit admissible, l'utilisation immunisée par la loi étant en principe couverte par un droit exclusif de l'auteur.

Ensuite, qu'il existe une possibilité, pour le titulaire de droit, de soumettre l'utilisation en question à son autorisation préalable, ne suffit pas pour établir un marché normal d'exploitation pour l'œuvre. En effet, l'extension des moyens de gestion des droits, tant contractuels que techniques, entraînera forcément une extension corrélative du champ d'exploitation de l'œuvre, même pour des actes d'utilisation isolés ou accessoires. Par exemple, si l'on peut imaginer que l'auteur mette en place un système de

licences pour les citations qui seraient faites de son œuvre, ce système crée-t-il une exploitation normale et invalide-t-il en conséquence l'exception de citation? Certains ont parfois interprété en ce sens la décision du Panel de l'OMC. Il est vrai que celle-ci admet que l'absence d'un système de licences par le titulaire du droit d'auteur, en raison d'un manque de moyens de mise en œuvre des droits exclusifs, n'est pas déterminant pour juger de l'exploitation normale, sous-entendant que l'apparition de moyens de protection ou de gestion des droits peut transformer l'utilisation ainsi gérée en exploitation normale faisant alors échec au bénéfice d'une exception<sup>46</sup>. Une telle assimilation de l'exploitation normale aux possibilités techniques grandissantes des titulaires de droit aurait pour conséquence fâcheuse et inopportune de supprimer l'ensemble des exceptions du régime de droit d'auteur. Ce n'est pas parce que les ayants droit disposent des moyens de gestion pour contrôler tout acte d'utilisation de l'œuvre que la justification sociale de telle ou telle utilisation disparaît<sup>47</sup>. Ainsi interprétée, la deuxième étape du test placerait le titulaire de droits au centre de la délimitation des exceptions, en contradiction avec le principe de la légalité des exceptions et de l'intérêt public qui justifie pourtant le test des trois étapes.

Pour éviter une telle interprétation, M. Senftleben<sup>48</sup> propose de revenir aux travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm qui évoquent "all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance"<sup>49</sup>. On en retrouve l'écho dans la décision de l'OMC opposant l'Europe aux Etats-Unis, qui vise les formes d'exploitation "qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles" ou qui "pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable"<sup>50</sup>. C'est également en ce sens que se prononce l'arrêt français dans l'affaire des DVD, puisqu'il retient l'incidence non négligeable du marché du DVD sur le budget de la production du film. De la sorte, même si les titulaires de droit peuvent pratiquement et techniquement mettre en œuvre un système de gestion de licences pour toute citation qui serait faite de leur œuvre, les revenus qu'ils seraient susceptible de retirer d'un tel marché ne pourraient en aucun cas être suffisants pour constituer un mode d'exploitation d'une importance économique considérable. Même si un tel marché existe potentiellement, il ne serait être qu'anecdotique en compa-

<sup>43</sup> CA Paris, 22 avril 2005, *o.c.*

<sup>44</sup> Rb. 's-Gravenhage, 22 mars 2005, *o.c.*, p. 145.

<sup>45</sup> Voir Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, *o.c.*, § 6.165.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 6.188.

<sup>47</sup> Sur ce point, voir S. DUSOLIER, *o.c.*, n° 595 et suiv.

<sup>48</sup> M. SENFTLEBEN, *o.c.*, p. 177 et suiv.

<sup>49</sup> *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, *o.c.*, 1967, p. 112 (je souligne).

<sup>50</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, *o.c.*, § 6.180.

raison des modes essentiels de commercialisation des œuvres littéraires, que sont la vente des livres, la vente des droits de traduction et d'adaptation ou encore, si l'on cherche un exemple de marché potentiel, la vente en ligne de livres électroniques.

Une fois déterminée l'exploitation normale de l'œuvre, il faut examiner si l'octroi d'une exception sur certaines utilisations y porte atteinte. Il ne suffit pas, ainsi que le fait le tribunal de grande instance dans l'affaire de la copie privée du DVD, d'affirmer péremptoirement que *"la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre"*<sup>51</sup>, encore faut-il justifier la mesure de cette atteinte. En appel, la cour est heureusement revenue sur cette appréciation et considère que l'existence d'une copie privée *"en son principe et en l'absence de dévoiement répréhensible, ne fait pas échec à une exploitation commerciale normale (...) ce d'autant plus qu'est prise en compte cette exigence de rentabilité par la fixation d'une rémunération en fonction de la qualité d'une reproduction numérique et que l'auteur ou ses ayants droit ne subit pas obligatoirement de manque à gagner, l'impossibilité de réaliser une copie n'impliquant pas nécessairement pour le consommateur une nouvelle acquisition du même produit"*<sup>52</sup>. Dans le cas d'espèce, il est évident que l'acquéreur du DVD n'aurait probablement pas acheté un deuxième exemplaire du film, s'il n'avait pu effectuer une copie privée sous un autre format pour visionner le film avec ses parents.

L'approche quantitative que nous avons adoptée pour définir la normalité d'une exploitation vaut également ici. L'exception ne fait concurrence à cette exploitation que si elle prive le titulaire de droits de *"gains commerciaux significatifs ou tangibles"*<sup>53</sup>, d'une source de revenus importante, actuelle ou potentielle<sup>54</sup>, et non pas simplement parce que l'auteur pourrait obtenir une rémunération en contrepartie de l'utilisation en cause. Le test des trois étapes oblige donc le législateur à refuser le bénéfice d'une exception si celle-ci empiète de manière trop significative sur le développement d'un marché qui revêt une importance économique importante pour tel type d'œuvres protégées. Mais c'est aussi ainsi que doit raisonner le juge, si l'on admet qu'il puisse user du test dans l'interprétation des exceptions: il lui faut effectuer une analyse économique *in abstracto* et non pas étudier dans quelle mesure l'utilisation qui fait l'objet du litige qui lui est soumis prive l'auteur d'une rémunération, *in casu*.

A suivre cette approche, l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre paraît évidente lorsqu'une exception autorise les établissements commerciaux à diffuser de la musique dans leurs locaux sans rémunérer les titulaires de droits. Cette exception prive en effet ces derniers d'une source de revenus importante dans un marché essentiel pour les œuvres musicales, celui de leur communication publique. On comprend donc la décision de l'OMC relative à cette exception particulière du droit américain.

A l'inverse, la décision néerlandaise sur les revues de presse digitales se contente de décider que l'existence de revues de presse digitales, agrémentées d'une fonction de recherche et d'archivage des articles, met en péril l'offre de services similaires par les éditeurs eux-mêmes, sans rechercher dans quelle mesure cette offre constitue un marché important, même potentiel, pour les œuvres particulières que sont les articles de journaux ni dans quelle mesure elle serait mise à mal par la production de revues de presse internes à des entreprises ou à des administrations. Le jugement précise que ces revues de presse font perdre des possibles revenus résultant de licences mais aussi des clients appartenant aux organes décentralisés de l'Etat, telles des bibliothèques, voire des clients du secteur privé qui, séduits par l'exemple de l'administration, créeraient leurs propres revues de presse. Cette analyse est contestable: conclure à l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre parce que l'exception en cause empêche les éditeurs de conclure des contrats de licence avec les utilisateurs qui bénéficient de l'exception, est un argument circulaire. C'est justement parce que la loi accorde cette exception que les titulaires de droit perdent, pour l'utilisation couverte, le bénéfice de leur droit exclusif et par conséquent, la possibilité de conclure des licences permettant ce type d'utilisation. La reconnaissance légale de l'exception vise précisément à retirer un secteur du marché aux titulaires de droit, principalement pour des raisons d'intérêt public, pour autant que, en vertu du test des trois étapes, cette suppression d'un pan de l'exercice du droit exclusif n'entame pas les avenues principales de l'exploitation d'une œuvre, soit celles qui rapportent à l'auteur ses sources majeures de revenus. Raisonner autrement conduirait à ce que les exceptions perdent tout leur sens et disparaissent peu à peu.

On peut donc conclure avec M. Senftleben qu'un *"conflit avec une exploitation normale se produit lorsque les auteurs sont privés d'une source majeure de revenus, actuelle ou potentielle, qui revêt une certaine importance dans l'ensemble des modes de commercialisation des œuvres de cette catégorie"*<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> TGI Paris (3ème ch.), 30 avril 1994, *o.c.*

<sup>52</sup> CA Paris, 22 avril 2005, *o.c.*

<sup>53</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, *o.c.*, § 6.183.

<sup>54</sup> M. SENFTLEBEN, *o.c.*, p. 194.

<sup>55</sup> M. SENFTLEBEN, *o.c.*, p. 194.

### C. La troisième étape: L'absence d'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur

Le dernier critère du triple test est surtout un outil visant à apprécier la proportionnalité entre l'octroi de l'exception et la préservation des intérêts de l'auteur. Il va de soi que le bénéfice d'une utilisation libre attribué par la loi à certains utilisateurs ne fait pas l'affaire des auteurs. Leurs intérêts sont donc forcément préjudiciés. Ce n'est que si ce préjudice est injustifié ou hors de proportion que l'exception doit être considérée illégitime au regard du test.

Les intérêts de l'auteur dont il faut tenir compte peuvent être économiques ou moraux. Ils doivent cependant être légitimes, ce qui signifie que les auteurs ne peuvent pas invoquer le préjudice occasionné à un intérêt illégitime pour conclure au rejet de l'exception. La décision du Panel de l'OMC précise notamment que cette condition a *"trait à la licéité du point de vue du droit positif, mais (...) a aussi la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection des droits exclusifs"*<sup>56</sup>. Un intérêt sera illégitime par exemple s'il excède les objectifs de la protection de la création littéraire et artistique par le droit d'auteur. Un auteur peut être offusqué par le fait que des critiques attaquent son œuvre et vouloir supprimer l'exception de citation en conséquence, mais cet intérêt de l'auteur, qui n'est pas loin d'une volonté de censure, n'est pas légitime au regard des objectifs du droit d'auteur.

Le caractère injustifié du préjudice causé par l'exception aux intérêts de l'auteur doit ensuite être examiné en fonction de l'objectif poursuivi par l'exception. C'est ici que le test de proportionnalité entre la justification de l'exception et la protection corrélatrice de l'auteur prend tout son sens<sup>57</sup>. L'exception ne peut être excessive au regard du préjudice qu'elle cause à l'auteur. Ce qui signifie notamment que l'utilisation exemptée du droit d'auteur ne doit pas entraîner une perte de revenus trop importante pour l'auteur<sup>58</sup>. L'existence de ce manque à gagner peut influencer la forme dont le législateur a doté l'exception. Le troisième critère permet en effet d'évaluer le préjudice économique subi par l'auteur pour déterminer si une exception ne devrait pas consister en une licence légale et comporter un mécanisme de rémunération ou de compensation en faveur de l'auteur.

La cour d'appel de Paris évoque d'ailleurs l'argument de l'existence d'une rémunération pour conclure au carac-

tère proportionné de l'exception de copie privée, "l'exigence de rentabilité" des ayants droit, pour reprendre les termes de l'arrêt<sup>59</sup>, étant satisfaite. Cet argument intervient toutefois dans l'analyse de la deuxième étape du test, celle de l'atteinte à l'exploitation normale, et non dans celle de la troisième étape.

La revue de presse digitale occasionne par contre, et selon la décision du tribunal néerlandais de mars 2005<sup>60</sup>, un préjudice injustifié aux intérêts des éditeurs des journaux. L'intérêt légitime ici préjudicié est leur intérêt à l'exploitation digitale des œuvres dont ils ont les droits, ce qui apparaît comme une manière d'équivaloir les intérêts de l'auteur à l'exploitation normale de l'œuvre. L'existence d'un préjudice injustifié à ces intérêts se réfère d'ailleurs uniquement à la constatation que ce type d'utilisation porte atteinte à l'exploitation normale des journaux. La décision confond ainsi les deux derniers critères du test, confusion qui doit être évitée.

### IV. Conclusion

L'intégration du test des trois étapes dans l'acquis communautaire du droit d'auteur ne devrait pas avoir pour effet, en dépit de certaines interprétations, de réduire le bénéfice des exceptions à peau de chagrin. A la condition toutefois que les conditions de ce test soient correctement interprétées et n'aient pas pour conséquence que toute utilisation que l'auteur serait susceptible de pouvoir contrôler et empêcher, ne puisse se voir reconnaître le bénéfice d'une exception au droit d'auteur.

Une telle interprétation consisterait à vérifier si l'exception ne prive pas l'auteur d'un marché potentiel et d'une possibilité de conclure des licences avec les utilisateurs qui en bénéficient. L'intérêt public qui peut justifier l'adoption d'une exception n'y est pas pris en compte et l'appréciation des critères de l'exploitation normale ou de l'atteinte injustifiée aux intérêts de l'auteur s'y réalise en fonction de facteurs purement économiques et d'une analyse du marché que le titulaire de droits contrôle ou pourrait être capable de contrôler à l'avenir. Cette analyse définit l'exception admissible de manière négative: est autorisée toute utilisation mineure de l'œuvre pour laquelle l'auteur ne peut mettre en place un mécanisme d'autorisation ou de licence. L'exception devient déterminée, en négatif, par l'étendue de l'exploitation de l'œuvre, et non plats délimitée, de manière positive, par la loi. En définitive, rares seraient les exceptions qui satisferaient au test ainsi interprété, dans la mesure où les titulaires de droits

<sup>56</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, o.c., § 6.224.

<sup>57</sup> M. SENFTLEBEN, o.c., p. 226 et suiv.

<sup>58</sup> Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, *Etats-Unis - Article 110 5*, o.c., § 6.229.

<sup>59</sup> CA Paris, 22 avril 2005, o.c.

<sup>60</sup> Rb. 's-Gravenhage, 2 mars 2005, o.c., p. 145.

développeraient des moyens techniques et contractuels de négocier chaque utilisation de l'œuvre.

Pour éviter cet écueil, l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, qui empêche la satisfaction de la deuxième étape du test, doit être telle qu'elle prive l'auteur d'une source majeure de revenus résultant d'un mode d'exploitation essentiel pour le type d'œuvre en question. La simple perte d'un revenu possible si une licence avait pu être conclue pour cette utilisation n'entraîne pas l'échec de l'exception à l'examen que constitue le triple test.

De même, le troisième critère, soit celui de l'absence d'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, implique un test de proportionnalité et la prise en compte de l'intérêt public justifiant l'octroi de l'exception. L'approche y est alors plus normative que purement économique. Cette interprétation n'est d'ailleurs pas contraire à la philosophie originelle du triple test. Les actes de la conférence de Stockholm qui a vu naître le test des trois étapes indiquent en effet qu'il s'agissait de tenir compte des intérêts publics et culturels formant le soubassement des exceptions. Ce souci d'un équilibre entre exceptions et protection de l'auteur, dont le test des trois étapes n'est qu'une illustration, se retrouve également dans les Traités OMPI de 1996, dont le Préambule reconnaît *"la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information"*, ainsi que dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information<sup>61</sup>.

C'est cette approche qui permet aussi de comprendre que le test est essentiellement un outil à destination du législateur lorsqu'il s'efforce de concrétiser cet équilibre nécessaire entre les intérêts des utilisateurs et de la société et ceux des auteurs. Admettre que le juge puisse remettre en cause la légitimité d'une exception, pourtant reconnue par la loi, implique que le juge procède à une analyse sur-

tout économique dans le seul but de vérifier si le titulaire de droits avait les moyens de réclamer une rémunération en contrepartie de l'utilisation en cause, et non s'il pouvait légitimement le faire. Le seul rôle que les cours et tribunaux pourraient endosser par rapport au test des trois étapes est celui de l'interprète d'une exception existante dont les conditions posées par la loi ne permettent pas de déterminer avec certitude quel est son champ d'application. Dans ce seul cas, et seulement si l'exception n'est pas claire et commande une interprétation par le juge, l'exception peut être confrontée aux conditions du triple test. L'examen du juge n'a cependant pour objet qu'une évaluation *in abstracto* des conditions de l'exception et non une évaluation *in concreto*. En quelque sorte, le juge doit se placer dans la situation du législateur pour déterminer si telle application de l'exception, par exemple sur un format non existant à l'époque de l'adoption de l'exception, est un cas spécial, ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne préjudicie de manière injustifiée les intérêts légitimes de son auteur.

Que ce soit le législateur ou le juge qui soit en charge de cet examen de compatibilité de l'exception envisagée ou à interpréter, le bénéfice d'une exception ne pourra être refusé au seul motif que l'auteur, dans une situation précise ou dans le cas d'espèce qui serait soumis au juge, aurait pu négocier avec l'utilisateur, mais uniquement de vérifier si l'adoption de l'exception par le législateur ne soustrait pas au contrôle de l'auteur un marché important et non justifié par un intérêt public prédominant.

Ces principes s'imposent également au juge belge, même si le législateur a logiquement estimé qu'il ne devait pas inscrire le test des trois étapes dans le texte même de la loi, cette disposition faisant figure de principe général qui traduit l'équilibre du droit d'auteur, et non de condition supplémentaire à l'exercice des exceptions.

Voir notamment les considérants 14 et 31